

## 判例評釈

## 〔外国刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学会

行為計画が進行中に無意味になった場合における中止犯の成否  
BGH, Beschluss vom 14. 11. 2007—2 StR 458/07

鈴木 一 永

## 【事実の概要】

被告人（母親）は、夫婦間の問題や金銭的な問題などによって絶望し、自宅に火をつけて煙中毒になり窒息死する方法で、息子と一緒に心中する決意をした。被告人は、息子が火事に気が付かないようにするために、健康増進のためのビタミン剤だと偽って睡眠薬を飲ませた。被告人は、あらかじめ準備していた火元に着火した後、ベッドに寝かせた息子のそばに座っていた。息子は何も気がつかずに眠っていた。しかしその後、隣人が火事を発見し、消防車がサイレンを鳴らしながら警告灯を付けて到着し、消防隊も駆けつけてきた。被告人はこれに気づき、遅くともこの時点で、消防隊により救助されることになると考えた。したがって、いずれにせよ煙で窒息死する計画は挫折したことを認識していたが、なんら行動を起さなかった。自宅のドアが消防隊によって打ち破られた事に気づくと、被告人は息子とともに家から出ることを決意し、まず息子を目覚めさせて送り出した後、自分も後を追って家を出た。

以上のような事案につき地方裁判所は、謀殺未遂他有罪判決を下した（3年3月の自由刑）。これに対し被告人が上告した。

## 【判旨】

連邦通常裁判所は概要以下のように述べ、原判決を破棄し、差し戻した。

地方裁判所は謀殺未遂を肯定している。地方裁判所によれば、失敗未遂が存在するので、被告人は不処罰となるような中止をしてはいない。すなわち、被告人はその行為計画によれば、息子とともに炎の中で死ぬというのではなく、煙に巻かれて窒息死するつもりであった。消防車の音が聞こえた際に、被告人は、両者ともまもなく救助されてしまうこと、それゆえに一緒にベッドにいて煙中毒で死

ぬという計画はもはや成功し得なくなったことを認識していた。

謀殺未遂が不処罰となるような中止の前提条件を否定することに対しては、断固とした法的異議が呈されることになる。

地方裁判所はたしかに失敗未遂についての判例にしたがっているが、法的に適切な出発点から出発していなかった。被告人によって意図された可罰的な行為は、単に息子の殺害であって、自殺ではない。それゆえ中止の問題は、もっぱら息子にとって不利益となる殺害の未遂について被告人が不処罰となるような中止をしえたかどうか、について検討されるべきである。

行為者が構成要件外の目標をすでに達成した事案について、連邦通常裁判所の刑事大法廷は (BGHSt 39, 221以下)、刑法24条 1 項 1 文は法定の構成要件の実現の放棄のみを要求しているという理由で、行為者に原則的に中止の可能性は開かれている、と判決を下した。このことは進行中に行為計画が無意味になった場合においても妥当するものである。

一緒に心中するという被告人の計画も挫折したかもしれないが、異議を申し立てられた原判決は、息子を殺害するという刑法的に重要な未遂のみが失敗したかどうか、について判断していない。加えて、適切にも連邦検事総長が指摘するように、地方裁判所が自殺未遂と息子の殺害未遂を十分に区別していない点、また火事が発覚した時点で被告人の観点から心中がもはや可能ではなかったことのみを考慮に入れている点には法的瑕疵が存在する。地方裁判所は一誤った出発点に基づいて一、火事が発見された後にもなお行為者は客観的に息子を殺害する可能性を有していたかどうか、そして主観的にそのような状況にあったかどうか、という問題をもはや検討してはいなかった。

## 【検討】

ドイツでは中止犯の成立を否定する「失敗未遂 (fehlgeschlagener Versuch)<sup>(1)</sup>」という概念が判例で用いられており、学説でもこれを肯定的に捉える立場が有力である。本決定は、失敗未遂にあたるとして中止犯の成立を否定した地方裁判所<sup>(2)</sup>

(1) fehlgeschlagener Versuch の訳語としては失敗未遂 (金澤真理『中止未遂の本質』(2006年)など)の他、欠効未遂 (園田寿『「欠効未遂」について』関法32巻 3 = 4 = 5 号 (1982年) 59頁以下など)、失効未遂 (齊藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐって (上) (下)」警察研究58巻 1 号、3 号 (1987年) など) などが用いられることがある。また、中止犯が成立しない場合であるという結論を捉えて単に障害未遂とするもの (山中敬一『刑法総論 (第2版)』(2008年) 759頁) もあるが、混乱を招くように思われる。

(2) NSTz 2008, 275、評釈として v. Heintschel-Heinegg JA 2008, S. 545f. また、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究 (15)」名城ロー12号245頁。

の原判決に対し、原判決の失敗未遂の判断方法の誤りを指摘している。その上で、いわゆる「構成要件外の目標達成（Außertatbestandliche Zielerreichung）」事例のリーディングケースとされる BGHSt 39, 221を引用し、本事例がこの判例の射程にあることを明らかにしている。したがって以下では、まず（１）失敗未遂の議論状況について概観し、続いて（２）「構成要件外の目標達成」という観点から、本決定の引用する BGHSt 39, 221と本事案の関係を見ていくことにしたい。そして最後に（３）わが国の議論状況との関連について簡単に付言したい。

（１）ドイツ刑法の中止犯規定である24条は、その1項1文において「任意に更なる行為の遂行を放棄し又は行為が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては罰せられない<sup>(3)</sup>」と定めている。これは一般に、行為の遂行を放棄すれば中止となる未終了未遂の場合と、行為が既遂に達するのを妨げなければならない終了未遂の場合を区別して規定しているものと理解されている。したがって、中止犯を検討する際には未終了未遂と終了未遂の区別基準が中心的なテーマとして議論されてきたが、1980年代以降、未終了未遂と終了未遂との区別をなす前の段階<sup>(4)</sup>で、そもそも中止することができない未遂の領域、すなわち失敗未遂という概念を認めるべきことが学説によって主張され<sup>(5)</sup>、また判例においても認められるようになった<sup>(6)</sup>。もっとも、失敗未遂は法文上規定されている概念ではなく、判例及び学説によって作り上げられ、発展してきた概念である。したがって論者によってその内容に相違はみられるものの、行為者の主観を基準として行為の達成可能

（３） ドイツ刑法典の訳については法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007年）によった。

（４） もっとも、未終了未遂と終了未遂との区別の議論における争いも失敗未遂論に影響を与える。すなわち、いわゆる個別行為説の論者は、行為者が構成要件の結果を惹起するのに適していると考えた個別の行為が結果を惹起せず、また行為者がそのことを認識している場合にはすでに終了未遂であるとする（*Geilen*, JZ 1972, S. 335, 337, *Jakobs*, ZStW104, S. 82, 89など。本決定の評釈を書いている *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O (Anm. 2), S. 547も個別行為説にたっており、本事案は終了未遂であって中止は認められないと結論付けている）。これに対して判例および多数説は全体的観察説にたっており（Vgl. *Leipziger Kommentar*, 12. Aufl. §24, Rdn. 106）、本稿の記述も全体的観察説を前提としている。

（５） 現在の失敗未遂論の初期の主唱者として *Roxin*, JuS 1981, S. 1f.

（６） BGHSt 31, 170; 33, 295; 34, 53など。

（７） この点を捉えて、法文に根拠のない概念によって中止犯の成立する範囲を不当に狭めることは許されない、という主旨の批判がなされることがある（例えば *Gössel*, ZStW87, S. 3 f. *Borchert/Helmann*, GA1982, S. 44f.）。もっとも、失敗未遂を肯定する論者は失敗未遂の場合はそもそも放棄（aufgeben）することができないと述べるのであって、法文と無関係にこの概念を用いているわけではない（Vgl. *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 3. Aufl., §30, Rdn. 78.）。

性を問う点には広く一致がみられる。<sup>(8)</sup>

本事案においては、地方裁判所が息子と一緒に煙に巻かれて中毒死する、という行為計画の達成がすでに不可能となったことを被告人が認識していることをもって失敗未遂を肯定した。これに対して連邦通常裁判所は、被告人の認識が「心中」の可否として検討されている点に誤りを見出している。すなわち、連邦通常裁判所によれば「刑法24条1項1文は法定の構成要件の実現の放棄のみを要求している」ので、失敗未遂にあたるかどうか検討する際に、「心中」の可否という形で、「刑法的に重要な」息子の殺害という謀殺構成要件には含まれない「自殺」の要素をいれて考慮すべきではないからである。

(2) 以上に概観した失敗未遂の議論と関連して、行為者が(構成要件の射程外である)第1次的な目標を達成した場合になお中止犯の成立の余地があるかという点が「構成要件外の目標達成」事例として議論されている。この問題についてのリーディングケースとされるのが BGHSt 39, 221 (懲らしめ事例)<sup>(9)</sup> である。これは、以下のような事案であった。すなわち、行為者は被害者を「懲らしめ(Denkzettel)」、そして「抵抗することは許されない(keine Gegenwehr dulden)」ことをはっきりと分からせるために殺害の未必の故意をもって被害者の腹部をナイフで激しく突いた。その後行為者はナイフを引き抜いて立ち去り、被害者は警察に出向き、医師の治療を受けた。これに対し刑事第1部は構成要件外の目標(ここでは被害者を「懲らしめる」こと)が達成されたためにさらなる行為を放棄した場合であっても、なお最後の実行行為の後に結果は発生し<sup>(10)</sup>ないと行為者が考えていた場合には未終了未遂の中止未遂が成立することを認めたが、同様の構成要件外の目標達成の事案において各刑事部の判断が分かれていたために刑事大法廷<sup>(11)</sup>

(8) 例えば判例においては失敗未遂とは「結果の発生が一行為者の認識したところによれば一客観的にもはや可能ではなく、あるいは行為者がそれをもはや可能であるとは考えなかった場合」(BGHSt 39, 221, 228)であるとされ、また *Roxin* は「行為者には所為計画に合致する構成要件実現がもはや可能ではなく、そして行為者が主観的にもそのような可能性をもはや信じてはいない場合」に失敗未遂が存在すると述べている (*Roxin*, NSTz 2009, S. 319.)。

(9) 邦語による本判決の評釈として鈴木彰雄「中止未遂 ドイツ刑事判例研究 (24)」比較法雑誌27巻4号(1994年)223頁(また、刑事第1部の決定についての評釈として同「未必的な殺意がある場合の中止未遂 ドイツ刑事判例研究 (22)」比較法雑誌27巻2号(1993年)145頁)。

(10) BGH NSTz1993, 280.

(11) 例えば、刑事第2部はスーパーマーケットの売上金を奪った行為者が、これを追ってきた被害者を追い払うために未必的な殺意をもって銃を5発発射し、被害者が追跡を止めたのでさらなる発砲をしなかった事案で中止犯の成立を否定し(BGH NSTz 1990, 77)、刑事第5部は銀行強盗後に強奪した金品を確保し、また逮捕を免れるために未必的な殺意をもって警

(Großer Senat für Strafsachen) に統一的判断を求める呈示決定 (Vorlagebeschuß) を下した。これに対して刑事大法廷は刑事第1部のこの決定を支持した。その理由として刑事大法廷は、以下のような点を挙げている。まず、未終了未遂の場合の中止犯規定である24条1項1文にいう「行為 (Tat)」とは構成要件の行為及び構成要件の結果であって、非構成要件的な動機、目的を考慮に入れるべきではない。さらに、一方では被害者に具体的な危険が発生している際には行為者も結果の発生を可能なものと認識していることが多く、その場合には(積極的な結果防止措置が中止犯の要件となる) 終了未遂の存在を認めるべきであるし、また他方では構成要件外の目標を達成したと考えている行為者もなお行為目標の実現を決定的に(12) 確実にするために侵害を継続することができるのであるから、中止の可能性を残しておくことは被害者保護の観点から有意義であるために、刑事政策的にも問題のある帰結(13) はならない。これに対して学説の大多数は連邦通常裁判所の決定に反対している。その主たる理由は、自身の第一義的な行為目標を達成した者にとってさらなる行為を続行することは無意味であり、「計画しなかったことを放棄することはできない(14)」ことにある。すなわち、ドイツ刑法24条1項1文前段の意味における所為の放棄が欠けている、という主張であり、(15) このように実質的に「放棄(16)」という要件を解釈してその存否を検討する点に失敗未遂論との共通点がみられる。また、大法廷が主張する被害者保護の観点は、別の犯罪 (例えば強姦) が

---

察官に発砲し弾は当たらなかったが、警察官が逃げると、さらに警察官を殺害するように発砲しえたにもかかわらずしなかったという事案に対し、さらなる発砲をするとすればそれは新しい所為決意に基づいた新たな所為であるとして中止犯の成立を否定していた (BGH NJW 1991, 1189)。これに対し、刑事第1部は行為者が被害者に「一発くらわせるために (eine zu verpassen)」未必の故意をもってナイフで背中を激しく突いたが、それ以上被害者を追わなかった事案 (BGH NSTZ 1989, 317) 及び、ボーカーで失った金員を取り戻すために、威嚇用のガス銃で (威嚇用とは知らずに) 未必的な殺意をもって被害者の頭部に発砲したところ被害者はくずれおち、行為者は金員を取り戻して立ち去った事案 (BGH NSTZ 1990, 30) で中止犯の成立を肯定していた。

(12) 刑事第1部はこの被害者保護という観点について、構成要件外の目標を達成したといったんは考えた行為者であっても、さらにその効果を増大させるため、また犯行を隠蔽するために行為が継続される場合が顕著にみられることを指摘している (BGH NSTZ 1993, 280, Vgl. Streng JZ 1990, S. 212, 216 f.)。

(13) これに対して連邦通常裁判所の結論を肯定するものとして Hauf, MDR1993, S. 929, Pahlke GA1995, S. 72など。

(14) Puppe, JZ1993, S. 361.

(15) v. Heintschel-Heinegg, a. a. O (Anm. 2), S. 546.

(16) このような立場の代表的な論者が Roxin であり、「失敗未遂と目標達成未遂とは確かに同一ではないが、行為者の計画がもはや実現されえないという理由で構造的に類似している

既遂に達した後の隠蔽殺人を防止するためにも主張することが可能であり、そうすると未遂としての不処罰を規定する中止犯の成否固有の基礎づけとはいえず、またそもそも構成要件外の目標達成事例の場合に中止犯成立の可能性を認めることが必ずしも被害者保護に益するとは限らない、という批判が向けられている。<sup>(17)</sup>

ところで、連邦通常裁判所は上記懲らしめ事例判決を引用して本件行為者にも中止犯が成立する可能性を認めているわけであるが、本事例は典型的な構成要件外の目標達成事例というわけではない。本事例で問題となった行為者の目標は「息子と心中すること」である。したがって構成要件外の目標達成事例とは 2 点で異なっている。第 1 点は、懲らしめ事例においては「被害者を懲らしめる」という構成要件外の目標は、問題となった故殺構成要件に含まれていないのに対して、本事例の「息子と心中する」という目標には、「息子の殺害」という構成要件の結果が含まれている点である。第 2 点は、本事例が「息子と心中する」という目標を達成したわけではなく、それが達成不可能となった、いわば「構成要件外の目標達成不可能」の事例という点である。しかし、本決定も述べるように、懲らしめ事例判決が述べているのは「刑法 24 条 1 項 1 文は法定の構成要件の実現の放棄」がなされたか否かを問題とすべきである、という点にある。<sup>(18)</sup>これを形式的な見方であり行為に関して決定的である行為者の表象を正当に評価していない、とする批判はあるものの、この連邦通常裁判所の考え方に従えば、行為者の(構成要件外の)目標と問題となっている構成要件とが重なっているか否かという相違や、行為者の目標が達成されてしまったのか、または達成不能となったのかという相違は、中止犯の成否を検討する際には重要ではなく、したがって本事例は懲らしめ事件と同様の処理ができることになろう。

---

…ので両方の状況は同一のルールによって扱われるべき」(Roxin, JZ 1993, S. 896, 897)と述べ (Seier, JuS 1989, S. 102, 105 も同旨)、また自身の教科書においては目標達成事例と失敗未遂とを「中止をすることができない場合 (Fall der Rücktrittsunfähigkeit)」としてまとめて扱っている (Roxin, a. a. O (Anm. 7) §30, Rdn. 33f.)。これに対して、失敗未遂の場合には構成要件要素たる客体に変化が生じているのに対し、目標達成事例においては構成要件レベルでの状況の変更はなんら生じていないとしてこれらの類似性について否定するものとして Pahlke, a. a. O (Anm. 13), S. 75. ders; Rücktritt bei dolus eventualis, S. 124ff. また Hauf, a. a. O (Anm. 13), S. 929f.

(17) v. Heintschel-Heinegg, a. a. O (Anm. 2), S. 546、Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., S. 263、dies, a. a. O (Anm. 14), S. 362。これに対して、被害者保護の思想が中止犯の成立する範囲を拡大する方向に働くことに肯定的な論者として Hauf, a. a. O (Anm. 13), S. 930、Kudlich, JuS1999, S. 349, 354.

(18) BGHSt 39, 221, 230.

(19) v. Heintschel-Heinegg, a. a. O (Anm. 2), S. 546f.、Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., §16, Rdn. 41.



以上を踏まえて本事案における中止犯の成否を連邦通常裁判所の判示に従って検討する。まず失敗未遂となるか否かの判断においては、被告人がなお当初予定していた煙中毒以外の方法で息子の殺害結果発生がなお可能なものと考えているかどうか、が検討されるべきである。仮に被告人が息子を殺害する他の手段を考慮に入れている場合には失敗未遂ではない。その場合は未終了未遂なのか、終了未遂なのか<sup>(20)</sup>が検討される。この点、判例の立場からすれば、放火を終えた時点で被告人は息子の殺害結果発生を既に可能なものと考えているのだから未遂は終了しているともいえるが、その後に消防隊が駆けつけてきた時点で放火による煙中毒で心中することは不可能となったことを認識しなおしているのだから、仮に被告人が煙中毒以外の手段でも息子の殺害を続行できると考えていたとすれば、未遂はなお終了していないと見るべきである。そうすると、被告人はさらなる殺害行為に出ていないので行為の放棄が認められ、中止犯が成立することになる。

(3) 以上のようなドイツにおける議論状況からわが国の中止犯論にいかなる示唆が得られるであろうか。まず、わが国において少なくともドイツ刑法で用いられている失敗未遂概念をそのまま正面から用いる立場は現在では一般的ではなく、消極的な立場が多数である<sup>(22)</sup>。この理由としては、わが国の未遂犯規定である43条の構造上、失敗未遂論は採りえない、という指摘や、失敗未遂という概念が不明確であるため中止犯の成立を否定する要素として安易に導入すべきでない、という慎重論がある<sup>(24)</sup>。ただし、もっとも大きな理由として考えられるのは、失敗未遂という概念を用いる必要性がない、すなわち失敗未遂という新しい概念を導入しなくとも、従来の中止犯論で議論されてきた中止行為及び任意性という要件論で処理が可能という理由である。特に、中止行為の危険減少行為（ないしは違

(20) Vgl. BGHSt40. 75. 76; 39, 244, 246; 34, 53, 55; 31, 170, 176など。

(21) Vgl. BGHSt36, 244, 245.

(22) 失敗未遂論がさかんになった1970年代以降のドイツの議論を受けて、ドイツ型の失敗未遂概念を導入すべきと主張したものとして、園田・前掲注1）、斉藤・前掲注1）。また近時において同様の主張を行うものとして江藤隆之「欠効未遂の概念について」法学研究論集23号（2005年）1頁以下がある。これに対して、ドイツの議論状況を詳細に検討した上で失敗未遂概念をわが国に導入すべきではないという結論に至るものとして金澤・前掲注1）170頁以下。また、拙稿「失敗未遂について」早稲田大学大学院法研論集140号（2011年）掲載予定参照。

(23) 山中敬一『中止未遂の研究』（2000年）210頁以下。

(24) 金澤・前掲注1）192頁。

(25) 金澤・前掲注1）192頁など。そして、どの要件で解決すべきかは危険概念等に対する見解の違いも反映されてくることになる。例えば、失敗未遂論で議論される類型のうち、客体が行為者の計画・期待に劣っていたような場合の処理であれば、中止行為が消滅させる危険をいかなる判断資料をもとに判断するか、という点が問題となろう。ここで事前の判断計

法性減少行為)としての性格に注目することで中止行為論を発展させた近時の議論からは、特に不作為態様での中止行為の場合を問題とし、中止行為要件の前提としての危険がない、あるいは消滅する場合があることが主張されている。このような状況を評してわが国にも失敗未遂という概念を導入する余地がある、とする主張もあるが、むしろここでドイツの失敗未遂論を参考にする上で問題とすべきは、失敗未遂概念導入の可否ではなく、その議論の内実を問うことでわが国での中止犯論への示唆を獲得することである。先に見たように、ドイツでの失敗未遂論が「放棄」とはいえない場合を対象としていることは、上述の近時の中止行為論が中止行為の前提としての危険がない、すなわち中止行為要件を満たさない場合を設定することと共通点を見出せよう。また、構成要件外の目標達成事例の処理についても類似する問題状況にあるといえる。すなわち、任意性要件で解決しようとする従来の多数説と、中止行為要件で検討しようとする見解との間で議論が行われており、失敗未遂論での議論が参考になろう。また特に、被害者保護の観点については、前述したようにドイツでは犯罪がすでに既遂に達している場合であっても、その行為者による隠蔽殺人などの危険から被害者を保護する必要がある、という点では中止犯独自の観点ではないことが指摘され、またその有効性に疑問が呈されているが、この点はわが国で有力に主張されている中止犯の減免根拠論として既遂に達する危険の消滅を奨励するという意味における政策説も同様の問題を抱えるものといえ、中止犯の根拠論にも立ち返った検討が必要となろう。

---

画等を資料に取り込むのであれば危険がない、として中止行為要件で処理されることになるし(井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)287頁)、取り込まないのであれば任意性要件で処理されるべき、ということになるとされる(塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻』(1997年)255頁)。小林憲太郎「刑罰に関する小講義(改)」立教法学78号(2010年)370頁以下、特に371頁注65も参照。

(26) 井田・前掲注25)287頁以下など。また町野朔ほか『プロセス演習刑法』(2009年)113頁以下(和田俊憲)はこのような危険のない場合を失敗未遂と呼び、特に弾が充填されていない拳銃で射殺しようとしたなどのいわゆる具体的不能の場合を客観的失敗未遂と呼んでいる(同「未遂犯」法律時報81巻6号(2009年)35頁)。

(27) 江藤・前掲注22)15頁以下。

(28) もっとも、ドイツでは失敗未遂概念を認める立場が通説化しているのに対して、わが国では失敗未遂概念を用いない立場が多数であるため、いわゆる失敗未遂論で扱われる事例と目標達成事例とをパラレルに扱いやすいということは考えられる。結論としては、目標達成事例の場合に中止犯成立の余地を認める見解として金澤・前掲注1)197頁など、認めない見解として川端博『現代刑法理論の現状と課題』(2005年)268頁(井田良発言)など。

(29) 和田俊憲「中止犯論」刑法雑誌42巻3号1頁以下など。